

28
A
Señores:

HONORABLES MAGISTRADOS

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CUNDINAMARCA

SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá, D.C.

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA
DE CUNDINAMARCA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
23 OCT 2008
320 y.9

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.

ACCIONANTE: ANDRÉS HÍBER ARÉVALO PACHECO

ACCIONADO: CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL-
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO-.

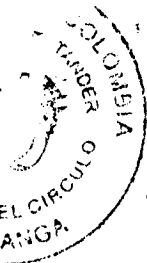
ANDRÉS HÍBER ARÉVALO PACHECO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bucaramanga, identificado como aparezco al pie de mi firma y obrando en nombre propio, respetuosamente acudo ante ese Tribunal con el fin de instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** por violación de los derechos fundamentales de la **IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, Y DERECHO AL TRABAJO** que están siendo vulnerados por el Consejo Superior de la Carrera Notarial- Superintendencia de Notariado y Registro- al no comunicar a la autoridad nominadora para que provea mi nombramiento como notario en el círculo notarial de Bogotá, D.C., tal como se había dispuesto en las reglas del concurso contenidas en el acuerdo 01 de 2006 y conforme con el ARTÍCULO TERCERO del Acuerdo 142 de Junio 9/08, mediante el cual se confeccionó la lista de elegibles.

Acción que fundamento en los siguientes aspectos de hecho y de derecho:

HECHOS.

1- El Consejo Superior de la Carrera Notarial- Superintendencia de Notariado y Registro-, mediante Acuerdo No 01 de 2006 convocó a concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial, en cumplimiento del artículo 131 de la Constitución Política, la Sentencia C-421 de 2006 de la Corte Constitucional y en ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confiere el artículo 165 del Decreto 960 de 1970. Este Acuerdo fue publicado en el Diario Oficial No. 46.454 del 16 de Noviembre de 2006. En este Acuerdo se fijaron las reglas del concurso de mérito por parte del Organismo Rector.

Según nuestro ordenamiento jurídico vigente corresponde a ese máximo órgano, Consejo Superior de la Carrera Notarial, la fijación de las bases del concurso mediante



el señalamiento entre otros aspectos de los requisitos de admisión de los concursantes y la manera de acreditarlos (art. 165, Decreto Ley 960 de 1970).

2. Cumpliendo con las reglas del concurso, me inscribí oportunamente, se me admitió y asignó el código 20626251. Se evaluó por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial mis antecedentes y méritos. Inconforme con la calificación otorgada originariamente que me asignaba **39 puntos**, interpose oportunamente recurso de reposición y éste se resolvió mediante la Resolución 000636 de Junio 27 de 2007 expedida por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, acto administrativo de carácter particular y concreto, mediante el cual se me otorgó el puntaje de **44 puntos, asignándome cinco (5) puntos por el factor de obra jurídica**, la que acredité con la certificación de la publicación expedida por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado.

En desacuerdo con la anterior calificación interpose acción de tutela en la que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, mediante fallo de 10 de octubre/07 tuteló mis derechos fundamentales y como consecuencia de ello, el Consejo Superior de la Carrera Notarial – Superintendencia de Notariado y Registro expidió la Resolución 2147 del 29 de Noviembre de 2007, incrementándome la calificación de méritos y antecedentes **otorgándome un total de 49 puntos y reiterando la asignación de 5 puntos por el factor de obra jurídica**. Este es un acto administrativo de carácter particular y concreto, mediante el cual se ha consolidado una situación jurídica de carácter particular y concreto en mi favor, la cual no puede afectarse en el evento en que se anulara la parte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006.

Al respecto, el Código Contencioso Administrativo en su Título III, sobre conclusión de los procedimientos administrativos, establece en su artículo 62, que los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido
3. Cuando no se interpongan recursos, o se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

A la luz de la disposición transcrita, se concluye que encontrándose en firme un acto administrativo, ya hubo decisión de fondo por parte de la Administración. Contra la Resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007, no procede ningún recurso.

3. Una vez presentada la prueba de conocimientos, realizada el 22 de julio de 2007, obtuve la calificación de 24.8 puntos. En la entrevista celebrada el domingo 6 de abril

jurídica consolidada mediante acto administrativo de carácter particular contenido en la resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007, con fundamento en la línea

EL CIRCUJO
MANGA

jurisprudencial o precedente constitucional que existe en Colombia, y además porque se estarían alterando las reglas del concurso fijadas por el propio Consejo Superior de la Carrera Notarial vulnerando el **principio de la buena fe**. Es más con la decisión contenida en el Acuerdo 163 de 2008, se esta violando flagrantemente el **debido proceso**, pues aquí lo que prácticamente se ha dado es una revocatoria directa tacita de la resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, sin contar con el consentimiento expreso y por escrito de su titular, al ordenar la suspensión de mi nombramiento como notario.

8. El sentido de las providencias judiciales en comento, tanto la del Juzgado 4 Administrativo de Ibagué en primera instancia como la del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima en segunda instancia, no fue otro que el de respetar los derechos radicados en los concursantes que por haber obtenido un mayor puntaje total y tener una importante ubicación en la lista de elegibles debían ser nombrados y posesionados, nunca impedir o suspender su nombramiento. Sólo que respecto de aquellas personas que acreditaron la publicación de la obra jurídica con un requisito diferente a la certificación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, su ubicación en la lista podría considerarse sub judice pues está sometida a las results del proceso de la acción popular.

Pero advirtió el Juzgado que "Esa situación sub judice no es motivo suficiente para desde ya excluirlas, pues puede ocurrir también, como se dijo, que no le asista razón al actor popular y en consecuencia de mantenerse la medida el sacrificio al que se les sometió sería infructuoso".

Y por esa razón dispuso aplicar la medida cautelar ordenando el nombramiento en PROVISIONALIDAD de los concursantes que hubieran acreditado la publicación de la obra jurídica con el requisito alterno de que trata la parte final del artículo 11 numeral 11, del Acuerdo 01 de 2.006, medida que fue confirmada parcialmente por el Tribunal en segunda instancia pues revocó lo relacionado con que tales nombramientos fueran en provisionalidad ya que determinar la forma de vinculación de los notarios era competencia exclusiva de la autoridad nominadora de conformidad con la Ley, instando a la vez al Consejo Superior de la Carrera Notarial "a que continúe y concluya el concurso dentro de los términos establecidos, sin que le sea dable alegar que por esta decisión, no puede realizar los nombramientos previstos".

Todo lo cual, como se ve, es muy distinto a ordenar la suspensión de los nombramientos, que fue lo que erróneamente dispuso el Consejo Superior desconociendo, en mi caso, la situación particular y concreta que en mi favor se había ya consolidado mediante acto administrativo en firme, produciendo así TÁCITAMENTE una REVOCATORIA DIRECTA de dicho acto administrativo, y en forma real y práctica



EXCLUYÉNDOME del concurso pues de conformidad con la ley y tal como lo dispuso el Acuerdo de convocatoria al mismo la lista de elegibles conformada mediante Acuerdo 142 de Junio 9 de 2.008 tendrá una vigencia de 2 años que vencen el 9 de Junio de 2.010, y la experiencia nos indica que las acciones populares de esta envergadura se están demorando en su trámite entre 4 y 6 años, de manera que cuando se decida de fondo la acción popular en la cual se adoptó la mencionada medida cautelar, ya esta lista de elegibles habrá perdido vigencia. En estas circunstancias no tendré la posibilidad de ser nombrado en el cargo de notario del círculo notarial de Bogotá, para el cual concursé, y por ello debe prosperar la presente acción de tutela en defensa del derecho al trabajo.

9. Al suspenderse mi nombramiento sin que haya decisión judicial que así lo disponga, igualmente se está violando mi derecho a la igualdad en relación con otros concursantes que ya fueron nombrados en propiedad y posesionados, no obstante encontrarse en la misma situación mía de haber acreditado la obra jurídica con la certificación de la publicación expedida por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado, asignándoseles así los 5 puntos por este factor, que fue lo que motivó la adopción de la medida cautelar en el proceso de la acción popular que se adelanta en el Juzgado 4 Administrativo de Ibagué.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el círculo notarial de Bucaramanga, donde algunos concursantes que acreditaron la obra jurídica con dicha certificación y así se les asignó los 5 puntos, fueron nombrados en propiedad y posesionados desde el mes de Mayo del presente año.

¿Entonces, en qué queda el derecho a la igualdad cuando a unos concursantes se les nombra y a otros no aunque todos se hallan en las mismas circunstancias?

10. La parte final del artículo 11 numeral 11, del Acuerdo 01 de 2006, se pretende anular dentro del proceso constitucional de acción popular por moralidad pública que cursa en el Juzgado 4 Administrativo de Ibagué. En el peor de los escenarios en que se demuestre que por inmoralidad de los integrantes del Consejo Superior de la Carrera Notarial se expidió un Acuerdo de carácter general de manera ilegal, se procedería mediante fallo ex tunc, a declarar la nulidad de dicha parte final. En este caso la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez del acto administrativo de carácter particular por medio del cual se me asignó la calificación, pues ya existe línea jurisprudencial y precedente constitucional en tal sentido.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto No. 1672, se pronunció de la siguiente manera: "De otra parte, es bueno recordar que el



examen de legalidad o de constitucionalidad del acto administrativo se realiza respecto del cumplimiento de las exigencias que debían cumplirse al tiempo de su expedición, de manera que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, los efectos de la sentencia de nulidad se producen desde el momento en que ésta se ejecutorió, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Así lo ha sostenido esta Sala:

"Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular. En efecto, es bueno recordar que están de por medio situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados, máxime cuando esos actos continúan amparados por la presunción de legalidad."

Por su parte la Sección Cuarta de esta Corporación, ha reiterado su posición coincidente, tanto sobre los efectos de la sentencia de nulidad como sobre la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas, en providencia de junio 16 de 2005, en la que afirma:

"... ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación al precisar que éstos son "ex tunc", es decir, que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado.

Igualmente se ha indicado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, **afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa.**" (Negrillas de la Sala).

En efecto y en aras de la seguridad jurídica, el Consejo de Estado en sus múltiples pronunciamientos, tales como la Sentencia de agosto 25 de 1995, Expediente 7173, Consejero Ponente: Dr. Julio E. Correa Restrepo, ha precisado que las situaciones jurídicas consolidadas, no pueden verse afectadas por un fallo de nulidad, toda vez que la anulación de un acto reglamentario ilegal, no conlleva, per se, la modificación de los actos individuales de determinación que podrían haber tenido por sustento la disposición retirada del ordenamiento; menos aún puede la derogatoria de una norma válida y que mientras rigió gozó de presunción de legalidad, generar el decaimiento de un acto administrativo ..."

PETICIONES:



En el debido ejercicio Constitucional de la Acción de Tutela, y con base en los fundamentos que se han expuesto en el presente libelo, solicito de los Honorables Magistrados los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales constitucionales a la **IGUALDAD**, al **DEBIDO PROCESO**, al **TRABAJO** y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político en la modalidad de acceso a cargos y funciones públicas, previstos en la Constitución Nacional en su Preámbulo y en los artículos 13, 29, 25, 40, 83, 86, 228 y 230, a mi favor, en razón a que han sido **VULNERADOS** por el Consejo Superior de la Carrera Notarial- Superintendencia de Notariado y Registro- por cuanto no ha comunicado a la autoridad nominadora para que ésta proceda a hacer mi nombramiento en el cargo de notario para el círculo notarial de Bogotá de conformidad con el Acuerdo 01 de 2006.

SEGUNDO: Se ordene al Consejo Superior de la Carrera Notarial – Superintendencia de Notariado y Registro-, que comunique a la autoridad nominadora para que ésta proceda a hacer mi nombramiento en el cargo de Notario para el círculo notarial de Bogotá para el cual concursé, determinando según le compete la forma de vinculación, conforme a la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 de 2008, y a los preceptos legales y armónicos con la sana crítica jurídica establecidos en el Acuerdo No 1 de 2006 y en la ley 588 de 2000.

TERCERO: Se ordene al Consejo Superior de la Carrera Notarial que remita al nominador el acto administrativo contentivo de las listas de elegibles para los cargos de Notarios en Propiedad de la Región de Bogotá, con el fin de que se proceda al nombramiento en el estricto orden de elegibilidad del Acuerdo No. 142 de 2008

DERECHOS VULNERADOS.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA.

La Carta constitucional ha elevado a categoría de derecho fundamental el debido proceso, estableciendo en su art. 29 lo siguiente: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y Administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio...".



La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU-133 de 1998¹ unificó la doctrina referida a los concursos en los siguientes términos:

"el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado" (Subraya énfasis fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia, la entidad estatal que convoca a un concurso abierto con la finalidad de escoger a la persona más apta para suplir una vacante, debe respetar las reglas que ella misma ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma como entidad que convoca. Por ello, desconocer el riguroso orden que se impone cuando, agotadas todas las etapas de selección surge una persona que supera a todas las demás por haber obtenido los puntajes más altos, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria y defraudar así, no sólo a quien ha superado satisfactoriamente todas las pruebas, sino que también se frustra la confianza que se tiene respecto de la institución que actúa de esta manera y se asalta en su buena fe a los demás participantes.

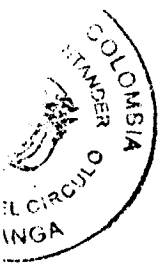
Así, adelantar una convocatoria a un concurso público, señalando un procedimiento determinado, aclarando además a través de los diferentes documentos que se hacen públicos, que iniciado el proceso de selección las condiciones del mismo serían inmodificables, para luego concluir con que no va a atribuir al vencedor el cargo o plaza objeto del mismo, constituye una conducta amañada, que pone en entredicho la transparencia del proceso de selección.

Con dicha conducta las entidades que desconocen los procedimientos de selección atentan contra las normas constitucionales y los derechos fundamentales de quienes de buena fe participaron en los mismos. En la sentencia SU-086 de 1999², sobre el particular se dijo lo siguiente:

"La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de

¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

² Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.



seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria **cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.**" (Negrillas de esta Sala).

En el presente caso, se ha vulnerado el debido proceso, ya que el Consejo Superior-Superintendencia de Notariado y Registro- al omitir ordenar o comunicar mi nombramiento a la autoridad nominadora en el cargo de notario en el círculo notarial de Bogotá, me está afectando este derecho, toda vez que estando en lista de elegibles el siguiente y consecuente paso es el nombramiento y la correspondiente posesión, lo cual se me ha negado sin la posibilidad de defenderme o ejercer la contradicción frente a tal decisión de suspensión por parte de la administración dizque en cumplimiento de una orden del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima que simplemente confirmó la medida cautelar de suspender provisionalmente la aplicación de la parte final del artículo 11 numeral 11, del Acuerdo 01 de 2.006, pero que de ninguna manera ordenó la suspensión de los nombramientos sino, todo lo contrario, instó a que se hicieran.

Y aunque la parte del acto administrativo de carácter general cuya aplicación se suspendió provisionalmente mediante la decisión judicial, fuera finalmente anulada mediante sentencia que pusiera fin al proceso de la acción popular y quedara en firme, tal nulidad no podría afectar el acto administrativo de carácter particular y concreto que ha consolidado a mi favor una situación jurídica.

Por otra parte, la Corte ha considerado con base en el precedente constitucional aplicable al tema, que el reconocimiento del derecho fundamental al debido proceso administrativo impone el deber a las autoridades públicas de (i) garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción frente a las distintas decisiones de la administración; (ii) fundar todas las actuaciones que conforman el trámite administrativo en la aplicación de las normas legales correspondientes, ello como presupuesto tanto de la seguridad jurídica como de la validez misma de esos actos; y (iii) ejercer las facultades constitucionales y legales de que son titulares de forma tal que resulten compatibles con la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Resulta procedente la acción de tutela para lograr mi nombramiento, por cuanto hago parte de la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 del 9 de junio de 2008, en la



que ocupo el puesto 39. Correlativamente, la jurisprudencia constitucional prevé que la actuación administrativa que deja de aplicar las normas de régimen especial vulnera el derecho al debido proceso, razón por la cual puede incurrir en una falencia de tal entidad que permita la procedencia del amparo constitucional.

Igualmente, teniendo en cuenta que el proceso de concurso notarial se realizará en términos perentorios que impiden la cristalización de las pretensiones en un proceso contencioso administrativo dada su demora en el tiempo, se acepta este mecanismo de acción de tutela.

Así las cosas, la responsabilidad sobre la fijación de las reglas del concurso recaía sobre el Consejo Superior de la Carrera Notarial, no sobre los concursantes que nos sometemos a las reglas fijadas; por ello, la Administración o Consejo Superior de la Carrera Notarial no podía válidamente, so pena de vulnerar el **derecho al debido proceso** del suscrito, revocar tácita y unilateralmente sin mi consentimiento expreso, previo y por escrito, la calificación otorgada mediante Resolución No. 2147 del 29 de noviembre de 2007. En últimas, si se llega a demostrar que se presentó un error de derecho, este fue cometido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial y en ningún momento por mí como concursante, que allegué oportunamente los requisitos exigidos por aquel. Los presuntos errores de derecho no se pueden endilgar o afectar cautelarmente a quienes no los han cometido, máxime cuando ni siquiera en el auto del Tribunal se ordena la suspensión de los nombramientos. Esto se da porque el concursante es la parte débil en éste o cualquier concurso de méritos, frente a una Administración que omite aplicar las reglas de concurso que fijó previamente mediante el Acuerdo 01 de 2006, máxime cuando a la administración le está prohibido retirar un acto propio, que se originó por un presunto error propio.

En reciente fallo de tutela del 16 de octubre de 2008, El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, se precisó: "... De todo lo anterior, se deduce con claridad que el hecho de integrar la lista de elegibles en un concurso de méritos aparece, en principio, el derecho a ser nombrado en propiedad en el respectivo cargo público de acuerdo al orden de elegibilidad. A este respecto la Corte ha señalado que la figura de la carrera –administrativa – notarial- y del concurso de méritos, constituyen una garantía operativa de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, derechos que se ven realizados con el nombramiento de quienes obtuvieron las mejores calificaciones".

PRINCIPIO DE LA BUENA FE.



En el presente caso se está vulnerando ostensiblemente el Principio de la Buena fe, pues de manera protuberante se están irrespetando o alterando las reglas del concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial que se fijaron en el Acuerdo 01 de 2006, pues ante una eventual nulidad parcial de este acto administrativo de carácter general por un error de derecho presuntamente cometido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, el cual pareciera quererse endilgar al suscrito, se pretende la revocatoria directa tácita del acto administrativo de carácter particular y concreto, Resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007 mediante la cual se consolidó una situación jurídica a mi favor, asignación de 5 puntos en el factor de obra jurídica. Cuando me inscribí en el presente concurso lo hice con la confianza y seguridad de que se respetarían las reglas establecidas por el Organismo Rector del mismo, jamás pensé que ante una posible anulación de su acto administrativo de carácter general en el que se fijaron las reglas del concurso, por un presunto error de derecho en un proceso constitucional de acción popular, se pretendiera por el Consejo Superior quebrar el hilo por la parte mas débil revocando situaciones jurídicas consolidadas, olvidando que en el escenario de que se retire del ordenamiento jurídico ese acto administrativo de carácter general (lo cual requiere que se pruebe la mala fe del Consejo Superior), no se pueden afectar las situaciones jurídicas de carácter particular que ya se hayan consolidado como en el presente caso.

En relación con los actos administrativos expresos, creadores de situaciones jurídicas de carácter particular o concreto, su revocatoria sólo procede cuando la autoridad cuenta con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. En caso de no contar con éste, la única opción posible es acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar su propio acto, lo que se conoce como "acción de lesividad" y que tiene como fundamento el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que establece que: *«Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes debidamente acreditados. Ellos podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan [...]»*. Tratándose de actos particulares, salvo las excepciones consagradas en la ley en las cuales pueden ser demandados mediante las acciones de simple nulidad, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho y el término de caducidad de dos años, contados a partir del día siguiente a su expedición, como lo establece el artículo 136, numeral 7º, del Código Contencioso Administrativo.

Abrigaba la esperanza, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, que una vez hiciera parte de la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 de Junio 9 de 2008, el Consejo Superior de la Carrera Notarial comunicaría de manera perentoria a la autoridad nominadora para que hiciera mi nombramiento, tal como lo dispuso el ARTÍCULO TERCERO del mismo, que dice : "Comuníquese a través de la Superintendencia de Notariado y Registro, a las autoridades indicadas en el artículo 161 del Decreto ley 960 de 1970, para que dentro de los treinta (30) días siguientes a dicha

comunicación, provean en propiedad los cargos de notarios", y a la fecha de la presentación de esta demanda han pasado más de 4 meses y vulnerando las garantías constitucionales y las reglas del concurso no sólo se ha abstenido de hacer tal comunicación, sino que ha procedido a la revocatoria directa tácita del acto administrativo mediante el cual se consolidó una situación jurídica a mi favor vulnerando el debido proceso administrativo, pues para que opere en este caso la revocatoria directa sería necesario el consentimiento expreso y escrito del titular.

Quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad de que se respetarán las reglas impuestas. Cuando éstas no son tenidas en cuenta por la entidad que lo ha convocado, más aún cuando se cambian después de haberse realizado todo el trámite, se desconoce el principio constitucional de buena fe.³

En sentencia T-455 de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, se indicó lo siguiente:

"Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

"Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

"En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

"Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquellos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente."

En el presente caso, no obstante que me encuentro en la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 del 9 de junio de 2008 ubicado en el puesto 39, después de haber participado en las diferentes fases del concurso habiendo obtenido las siguientes calificaciones: Antecedentes y méritos 49 puntos, Prueba de conocimientos 24.8 puntos, Entrevista 9.0833333, para un total de 82,8833333, *esta circunstancia de haber participado en las pruebas, exámenes y entrevistas no va a servir de nada, pues el proceso adelantado y sus resultados no se traducirán en mi efectivo nombramiento por*

³ Cfr. Sentencias SU- 086 de 1999, T- 206 de 1999, T- 455 de 2000 y la T - 559 de 2000 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo y T-537 de 2000, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

la omisión del Consejo Superior, quien estando obligado por las reglas del concurso establecidas, no ha procedido a comunicar a la autoridad nominadora para que haga mi nombramiento.

Todo este proceder irregular fue violatorio de los principios de buena fe, igualdad, eficacia e imparcialidad en el actuar de la administración y especialmente en el proceso debido en tratándose de concursos. En relación con el respeto a las bases y a los resultados de los concursos, ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

"... Al señalarse por la administración las bases del concurso, éstas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquella; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquella.⁴

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, pese a enunciarse aparte del principio de confianza legítima, se solapa con éste. Significa, según BLANQUER, que los Poderes Públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo -jurídicamente exigible- que el ciudadano pueda confiar en la Administración -y ésta en el ciudadano, añade SAINZ MORENO-, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivables.

Esos signos o hechos externos deben ser suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos (STS, sala 3ª, de 8 de junio de 1990, Ar. 5180)

Señala GARCÍA LUENGO que la confianza legítima es un concepto acuñado en el Derecho Alemán (Vertrauensschutz), donde tiene rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica, incorporado luego al Derecho Comunitario como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE, y finalmente recibido en España por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, si bien con carácter más limitado y restrictivo que el concepto de la buena fe, como señala GARCÍA MACHO, y además mezclado generalmente con otros principios -no en estado puro- y muchas veces en pugna o tensión con el principio de legalidad.

⁴ Sentencia T- 256 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido se pueden ver T- 298 de 1995, T- 325 de 1995 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, T- 433 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.



En tratándose del principio de la buena fe, quiero traer a colación la Sentencia T-344/03, en la que se consagró: "De conformidad con la jurisprudencia, la entidad estatal que convoca a un concurso abierto con la finalidad de escoger a la persona más apta para suplir una vacante, debe respetar las reglas que ella misma ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma como entidad que convoca. Por ello, desconocer el riguroso orden que se impone cuando, agotadas todas las etapas de selección surge una persona que supera a todas las demás por haber obtenido los puntajes más altos, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria y defraudar así, no sólo a quien ha superado satisfactoriamente todas las pruebas, sino que también se frustra la confianza que se tiene respecto de la institución que actúa de esta manera y se asalta en su buena fe a los demás participantes. Así, adelantar una convocatoria a un concurso público, señalando un procedimiento determinado, aclarando además a través de los diferentes documentos que se hacen públicos, que iniciado el proceso de selección las condiciones del mismo serían inmodificables, para luego concluir con que no va a atribuir al vencedor el cargo o plaza objeto del mismo, constituye una conducta amañada que pone en entredicho la transparencia del proceso de selección.

CONCURSO EN TELECOM- Respeto a las reglas que se han fijado /PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Teniendo en cuenta que el Tribunal en el fallo revisado consideró que el accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como el medio más apropiado para hacer valer sus derechos, es necesario determinar si tal vía judicial es idónea o no.

En el presente caso, en desarrollo de la convocatoria al concurso abierto para proveer el cargo de Jefe de la División de Administración de Telefonía Local y Joint Venture, la Resolución No. 00100000-0285 de junio 22 de 2001 señaló en su artículo sexto que "una vez iniciada la etapa de inscripción las bases de la convocatoria no podrán cambiarse, salvo cuando se trate de la modificación de: a) Sitio y fecha de Inscripciones y b) Fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo la aplicación de pruebas". En tanto las etapas del proceso se agotaron hasta llegar a la publicación de las listas de las notas finales del concurso después de las reclamaciones, lo cual se hizo el 19 de octubre de 2001, y este procedimiento se atuvo a lo dispuesto por los lineamientos legales y a la evaluación fáctica cumplida por parte de TELECOM y la Universidad Nacional, todo este procedimiento administrativo complejo produjo una decisión, generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que el accionante fue el único que alcanzó el puntaje mínimo requerido, de todos los aspirantes, e igualmente debió ser el único llamado a constituir la lista de elegibles. Por lo tanto, contaba ya en ese momento con una expectativa real de ser nombrado en el correspondiente cargo. Sin embargo, la actuación cumplida por la vicepresidencia de Gestión Humana de TELECOM de cambiar de manera unilateral una de las calificaciones del actor, lo cual se hizo por fuera de todos los parámetros jurídicos y límites temporales, coartó o eliminó la posibilidad del actor de ser nombrado en el cargo para el cual concursó y ganó. Si contra este acto el tutelante iniciara el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el resultado práctico de esta acción judicial no sería el más adecuado para sus intereses. De esta manera, de prosperar la acción judicial de nulidad y restablecimiento, ello traería como consecuencia la anulación del acto, pero el efecto del restablecimiento del derecho sólo tendría los siguientes alcances: Primero. Podrá reconocer al afectado el pago de una presunta indemnización. Respecto de esta opción, surgen dificultades para el reconocimiento de los perjuicios morales pues son difícilmente calculables en tanto no se dan los supuestos jurídicos y fácticos para ello. Además, el reconocimiento de tal indemnización no podría actuar como una compensación de la violación de los derechos fundamentales del actor. Segundo. Se podrá ordenar a la entidad que convocó al concurso, es decir, a TELECOM, la elaboración de una lista de elegibles en la que incluya a quien resultó favorecido con la acción, para que dentro de dicha lista ocupe el lugar que le corresponda de acuerdo con el puntaje real obtenido. Esta

segunda opción surge como una solución poco práctica, pues cuando esta decisión judicial sea tomada, ya la empresa habrá procedido a nombrar a otra persona, tal como la misma Resolución No. 0010000-0285 le permite hacerlo, pues el artículo 31 indica que la empresa TELECOM podrá nombrar libremente a una persona en el cargo, cuando la respectiva lista de elegibles no se hubiere conformado. De esta manera, la opción del actor de acudir a la vía contencioso administrativa no le ofrece el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, por cuanto el restablecimiento del derecho no puede ordenar el nombramiento de la persona en el empleo al cual aspiró, pues esta obligación no puede ser impuesta a la administración ya que para ser nombrado, se debe estar previamente incluido en una lista de elegibles. La empresa TELECOM por el contrario, sí podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en aras de controvertir sus propios actos si así lo considera pertinente. La Corte Constitucional considera por lo tanto, que los medios judiciales de defensa expuestos por el juez de segunda instancia en esta tutela no son los apropiados para la debida protección de los derechos del accionante.

Ya la Corte sobre el particular en sentencia T-425 de 2001⁵ se pronunció en los siguientes términos:

"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto:

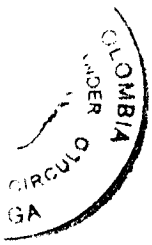
'...la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

'La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.⁶'"

Vistas las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión revocará las sentencias del Juzgado Veintidós Civil del Circuito y de la Sala Civil del Tribunal Superior, ambos de Bogotá, y en su lugar tutelar los derechos al debido proceso e igualdad del señor Hugo Alirio Neissa Casas, para lo cual ordenará a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM la conformación de la lista de elegibles en el concurso No. 10 convocado mediante Resolución No. 001-00000-0285 de junio 22 de 2001, y el nombramiento del accionante, señor Hugo Alirio Neissa Casas, en el cargo para el cual concursó, orden que deberá cumplir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ejecutoria del presente fallo."

⁵ Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Sentencia SU-133 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.



Igualmente, es necesario citar el precedente constitucional contenido en la Sentencia T-475/92, en la que la honorable Corte Constitucional precisó: *"El principio de la estabilidad de los actos administrativos protege los legítimos intereses y derechos adquiridos de aquellas personas beneficiarias de una decisión oficial particular y concreta. La confianza legítima en la administración se vería lesionada si la permanencia y seguridad de un acto suyo dependiera de la discrecionalidad del funcionario de turno". "Cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de "venir contra los propios actos". En el caso sub-examine, la vulneración del principio de la buena fe al cual deben ceñirse las autoridades en todas sus actuaciones se ha concretado por la decisión de la Secretaría de Planeación Municipal de Popayán".*

Con la decisión contenida en el Acuerdo 163 de 2008, interpretando equivocadamente el auto del Tribunal Administrativo del Tolima, pareciera que el Consejo Superior de la Carrera Notarial aceptara previamente que ha cometido un error de derecho, atinente a la parte final del numeral 11 del artículo 11 del acuerdo 01 de 2006, y lo peor, que lo ha cometido de mala fe (lo que a mi juicio jamás se demostrará en ese proceso por que estoy plenamente convencido que los integrantes del Consejo Superior de la Carrera Notarial son personas de reconocida honorabilidad y sus actuaciones siempre las han realizado con pulcritud, transparencia y de buena fe), pues sólo en este caso se procedería a declarar la nulidad de un acto administrativo de carácter general en un proceso constitucional de acción popular; y en este caso si se tomara esa decisión en el fallo de fondo en el proceso de acción popular, reitero, no se podría afectar mi situación jurídica consolidada mediante acto administrativo de carácter particular contenido en la resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007, con fundamento en la línea jurisprudencial o precedente constitucional que existe en Colombia, y además porque se estarían alterando las reglas del concurso fijadas por el propio Consejo Superior de la Carrera Notarial vulnerando el **principio de la buena fe**.

Es más con la decisión contenida en el Acuerdo 163 de 2008, se está violando flagrantemente el **debido proceso**, pues aquí lo que prácticamente se ha dado es una revocatoria directa tacita de la resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, sin contar con el consentimiento expreso y por escrito de su titular, al ordenar la suspensión de mi nombramiento como notario.

DERECHO A LA IGUALDAD

De acuerdo a los hechos narrados y frente a la omisión del Consejo Superior, de no comunicar a la autoridad nominadora para que proceda a hacer mi nombramiento en el cargo de notario en el círculo de Bogotá, de conformidad con el Acuerdo 142 de 2008 que contiene la lista de elegibles, de conformidad con la Ley 588 de 2000 y la

convocatoria contenida en el Acuerdo 01 de 2006, tal como lo ordenó para todos los aspirantes que se encuentran en los primeros 76 puestos, se violó entre otros de mis derechos fundamentales, el consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que dice:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan".

El derecho de igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera está dirigida a impedir que el legislador o ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario concedan un tratamiento jurídico distinto a situaciones de hecho iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. La segunda en cambio, vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de decisiones suyas anteriores.

En el presente caso, al no comunicar a la autoridad nominadora mi nombramiento, conforme a las reglas del concurso, en el cargo de notario del círculo notarial de Bogotá, se me está dando un trato desigual con relación a los demás participantes que conforman la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 del 9 de junio de 2008, en la cual ocupo el puesto 39, siendo elegibles los primeros 76 puestos, pues he tenido conocimiento que ya se comunicó y se realizó el nombramiento de 31 notarios en Bogotá.

Se está realizando una discriminación sin fundamento jurídico, pues en el evento en que se anule la parte final del artículo 11 numeral 11, del Acuerdo 01 de 2006, ello no afecta la validez, eficacia y fuerza jurídica del acto administrativo de carácter particular y concreto que me asignó los 5 puntos de la obra jurídica. Lo anterior de conformidad con el precedente constitucional de la Corte Constitucional y la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que se ha esbozado en esta acción de tutela.

Se pretende cambiar las reglas del concurso, al revocar directa y tácitamente la Resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007, mediante la cual se me consolidó una situación jurídica, asignándome 5 puntos por el factor de obra jurídica, con el pretexto de que el acto administrativo general en el que se fijaron las reglas del concurso puede ser declarado parcialmente nulo en un proceso constitucional de acción popular por

moralidad publica. Estas reglas del concurso las conocimos todos los participantes con la publicación del Acuerdo 01 de 2006 en el Diario Oficial No. 46.454 del 16 de Noviembre de 2006.

Se pretende a toda costa se modifiquen las reglas del concurso notarial, fijadas con bastante antelación, cuando lo cierto es que éstas fueron definidas de manera previa a la apertura y realización del mencionado concurso y rigen **en igualdad de condiciones para todos los concursantes.**

En consecuencia, modificarlas en este momento se constituye en una conducta violatoria de derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, y afecta un proceso que busca dar cumplimiento a la voluntad del constituyente de sujetar la dignidad notarial a un sistema de méritos, que culmine con la selección de un fedatario público de las más altas calidades morales e intelectuales.

VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 25 de la carta constitucional regula el derecho fundamental al trabajo, estableciendo que el trabajo es un derecho y una obligación social y que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado.

El contenido de este derecho se concreta entonces en el respeto a las condiciones de igualdad para acceder a un puesto de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos de capacitación que exige cada tarea en particular; así mismo dichos requisitos deben ser fijados de tal manera que obedezcan a criterios estrictos de equivalencia entre el interés protegido y las limitaciones fijadas, conllevando de igual manera la garantía del principio de igualdad que se traduce en el hecho de que al poder publico le está vedado sin justificación razonable, acorde al sistema constitucional vigente, establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales y viceversa.

En el presente caso al no comunicar el Consejo Superior de la Carrera Notarial a la autoridad nominadora para que se efectuara mi nombramiento en el cargo de notario en el círculo notarial de Bogotá respecto del cual se elaboró la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 142 de Junio 9 de 2.008, a lo cual está obligado el Consejo Superior de la Carrera Notarial conforme a las reglas del concurso a las que debe someterse, pues él mismo las fijó mediante Acuerdo 01 de 2006, se me está vulnerando el derecho de acceso a la función pública y en especial a la carrera notarial.

En el evento en que se declarara la nulidad parcial del Acuerdo 01 de 2006, no se podrá afectar la situación jurídica consolidada a mi favor. El doctrinante Dr. LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL, sobre las nulidades en procesos constitucionales de acción popular por moralidad publica ha advertido: "Una visión pragmática del derecho



justificaría que renunciáramos a seguir debatiendo el tema de la anulación del acto administrativo en el trámite de la acción popular: lo importante es que los efectos del acto administrativo puedan ser objeto de control por el juez popular y éste puede suspenderlos –incluso con carácter definitivo– cuando se trata de un acto general, cosa que no podría ocurrir respecto de actos particulares, pues ello podría comprometer el debido proceso de los beneficiarios del acto y porque en la acción popular no se tutelan derechos subjetivos.

Otro de los argumentos de los defensores de la tesis negativa, se orienta a distinguir los casos de actos administrativos generales y actos particulares, para impedir la anulación en estos últimos; corriente que parece fundamentar las decisiones comentadas en este escrito. Como tuvimos oportunidad de exponerlo en nuestro ensayo sobre actos administrativos y acciones populares:

“Respecto de la diferencia entre actos administrativos generales y particulares, se ha dicho que los primeros son aquellos que se refieren a personas indeterminadas v.gr. un decreto que limite la libertad de circulación en el territorio nacional; mientras que los segundos son aquellos que se refieren a personas determinadas e individualizadas v.gr. un acto de nombramiento de un cargo público en el Ministerio de Defensa.

Esta estructura tutelar clásica propendía por la protección de la legalidad como bien jurídico autónomo y las facultades para proteger ese bien jurídico se otorgaban según cómo el acto administrativo afectara a personas indeterminadas o a personas determinadas. Por ello, en la acción de nulidad simple, el interés de proteger la legalidad es considerado en el derecho colombiano como un interés público que no está circunscrito a un sujeto específico, para lo cual, también se asignó una legitimación popular o pública.

Entretanto, para la nulidad del acto administrativo particular, ese interés se reducía sólo a aquellos sujetos directamente afectados en su esfera de derechos individuales o que tuvieran un interés directo en el “resultado del proceso” y, en principio, sólo a ellos se les reconocía interés suficiente para promover o defender el control de legalidad jurisdiccional, pero –se reitera– siempre como resultado conexo al interés de proteger un derecho propio.

SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA.

En la sentencia T-559 de 2000, la Corte Constitucional sostuvo: “En el caso sub iudice se discute si las etapas culminadas del concurso habían hecho nacer un derecho adquirido, o si simplemente se trataba de una mera expectativa que tenía el actor.

“Para la Corte resulta claro que a la fecha en que empezó a surtir efectos el fallo de inexequibilidad -13 de julio de 1999, al día siguiente de haberse desfijado el edicto por medio del cual se notificó la decisión-, las etapas superadas en el concurso de méritos -aunque todavía éste no hubiese culminado-, ya habían generado un derecho indiscutible en favor del demandante, puesto que, según se deduce del cronograma aportado al proceso, en el momento en que el ente demandado decidió terminar el concurso -16 de julio de 1999-, ya se tenía plena certeza acerca de quiénes habían pasado el proceso de selección y cuáles habían sido sus calificaciones. Además, ya había precluido la etapa de reclamos respecto de los resultados, por lo que no cabía ninguna duda en el sentido de que el actor, quien había obtenido el puntaje más alto, tenía derecho a ser incluido en la lista de elegibles, y a ser posteriormente nombrado, debido a sus demostrados méritos.”

Ahora bien, la sentencia T-1241 de 2001, interpretando los alcances de la sentencia C-372 de 1999, también en casos similares contra la C.A.R., resumió la jurisprudencia vigente sobre la materia y precisó: “En resumen, una vez se encuentren en firme los resultados de las evaluaciones previstas en el concurso, surge la obligación de conformar la lista de elegibles y de proceder luego al nombramiento en período de prueba teniendo en cuenta el orden descendente fijado por ella (hipótesis 1., 2. y 3.). Si el cargo está vacante, se debe proceder al nombramiento siguiendo el orden fijado por la lista (hipótesis 4.). Si el cargo está siendo ocupado por otro funcionario (hipótesis 5.2.1., 5.2.2., 5.2.3.), es necesario evaluar si esa persona tiene un mejor derecho que el

aspirante, como cuando se trata de alguien que ocupó el primer puesto dentro del mismo concurso (hipótesis 5.2.2.2.) o de un funcionario de carrera que ascendió a dicho cargo en una convocatoria anterior (hipótesis 5.2.3.2.), o frente al cual el aspirante tiene un mejor derecho (hipótesis 5.2.2.3.). "Aún en el evento en que se considerara que no existe un derecho subjetivo, en sentido estricto a ser nombrado, la Corte estima que a la luz del principio de buena fe. El artículo 83 de la Constitución dispone lo siguiente:

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas." Este artículo consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo primero de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico. Y el principio de gestión estatal que se encuentra subyacente con la buena fe es el de la celeridad, eficiencia y economía, consagrados en el artículo 209 de la Carta. Corte Constitucional, C-575/92, MP: Alejandro Martínez Caballero. En este fallo la Corte analizó el supuesto de los trabajadores sobre los fondos de subsidio de las cajas de compensación familiar. La Corte encontró que en relación con esos fondos no existía un derecho subjetivo de propiedad, sino un interés legítimo y por lo tanto la disposición era constitucional. En este fallo la Corte se refirió al término "interés legítimo" de la siguiente manera: El interés legítimo ha sido definido por Zanobini como "el interés individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico sólo a través de la tutela jurídica de este segundo", también legítimo, sea protegido, ya que coincide con el interés público en que a los cargos de la administración estatal accedan los ciudadanos que tengan los méritos suficientes, en aplicación del régimen general de carrera establecido en la Constitución (artículo 125, CP).

"La Corte advierte que quien ha participado en un concurso y ha completado todos los procedimientos y obtenido una calificación que se encuentra en firme, tiene un interés legítimo en que se agoten las etapas restantes del proceso que resultan necesarias para garantizar la protección de dicho interés y confía legítimamente en que la administración adoptará los pasos conducentes a hacer que el concurso concluya efectivamente".

También se puede ver la aplicación de este concepto en la sentencia T-475/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, El principio de la estabilidad de los actos administrativos protege los legítimos intereses y derechos adquiridos de aquellas personas beneficiarias de una decisión oficial particular y concreta. La confianza legítima en la administración se vería lesionada si la permanencia y seguridad de un acto suyo dependiera de la discrecionalidad del funcionario de turno. La ley establece los casos y procedimientos por los cuales hay lugar a suspender o revocar un acto administrativo generador de intereses legítimos o derechos adquiridos.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD.

De acuerdo con este principio, el Consejo Superior - Superintendencia de Notariado y Registro - está en la obligación de aplicar la norma legal al caso concreto, en este caso darle aplicación al Acuerdo 142 del 9 de junio 2008, teniendo en cuenta las circunstancias propias del mismo, comunicando al nominador para que haga mi nombramiento en el cargo de notario para el círculo notarial de Bogotá.

Igualmente, está en la obligación de darle cumplimiento al Acuerdo 01 de 2006 y al artículo 3 de la Ley 588 de julio 5 de 2000, que consagra: "LISTA DE ELEGIBLES. Los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional. La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años". Esta lista de elegibles ya se publicó en varios diarios de amplia circulación nacional, se encuentra contenida en el Acuerdo 142 del 9 de junio de 2008 y por tal motivo pierde vigencia el día 9 de junio de 2010, y la experiencia nos indica que las acciones populares de esta envergadura se están demorando en su trámite entre 4 y 6 años. Por manera que para cuando se decida de fondo la acción popular, ya esta lista de elegibles habrá perdido vigencia. En estas circunstancias no tendré la posibilidad de ser nombrado en el cargo de notario del círculo notarial de Bogotá.

RESPECTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en situaciones como la presente, en la que se busca el respeto de los derechos constitucionales fundamentales violados en desarrollo de un concurso de méritos organizado por el Estado, considera procedente la tutela, tesis expresada en la sentencia T 344 del 30 de abril de 2003, con ponencia de la Doctora Clara Inés Vargas Hernández, en la que se dijo:

"Si contra este acto el tutelante iniciara el trámite de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el resultado práctico de esta acción no sería el más adecuado para sus intereses. De esta manera, de prosperar la acción judicial de nulidad y restablecimiento, ello traería como consecuencia la nulidad del acto, pero el efecto del restablecimiento del derecho sólo tendría los siguientes alcances: Primero. Podrá reconocer al afectado el pago de una presunta indemnización. Respecto de esta opción surgen dificultades para el reconocimiento de los perjuicios morales pues son difícilmente calculables en tanto no se dan los supuestos jurídicos y fácticos para ello. Además, el reconocimiento de tal indemnización no podría actuar como una compensación de la violación de los derechos fundamentales del actor. Segundo. Se podrá ordenar a la entidad que convocó al concurso, es decir, a TELECOM, la elaboración de una lista de elegibles en la que incluya a quien resultó favorecido con la acción, para que dentro de dicha lista ocupe el lugar que le corresponde de acuerdo con el puntaje real obtenido. Esta segunda opción surge como una solución poco práctica, pues cuando esta solución judicial sea tomada, ya la Empresa habrá procedido a nombrar a otra persona, tal como la misma resolución 0010000-0285 le permite hacerlo, pues el artículo 31 indica que la Empresa TELECOM podrá nombrar libremente a una persona en el cargo, cuando la respectiva lista de elegibles no se hubiera conformado. De esta manera, la opción del actor de acudir a la vía contencioso administrativa, no le ofrece el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, por cuanto el restablecimiento del derecho no puede ordenar el nombramiento de la persona en el empleo al cual aspiró, pues esta obligación no puede ser impuesta a la administración ya que para ser nombrado se debe estar previamente en una lista de elegibles. La Empresa TELECOM por el contrario, si podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativo en aras de controvertir sus propios actos si así lo considera pertinente. La Corte Constitucional considera por lo tanto, que los medios judiciales de defensa expuestos por el juez de segunda instancia en esta tutela no son apropiados para la debida protección de los derechos del accionante."

En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se puede ordenar el nombramiento en el empleo al cual aspiro, pues según la anterior sentencia esta obligación no puede ser impuesta a la administración ya que para ser nombrado se debe estar previamente en una lista de elegibles y en el sub-examine prácticamente se me está excluyendo de la lista de elegibles, por medio de una especie de revocatoria directa tácita de los actos administrativos de carácter particular y concreto que me han calificado las diferentes fases en el concurso y en particular el que me asignó los 5 puntos por la obra jurídica, esto es, la Resolución 2147 del 29 de noviembre de 2007 expedida por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, sin contar con mi consentimiento expreso y por escrito tal como lo exige el Código Contencioso Administrativo. Es más, en el evento en que se anule la parte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006, sería por un error de derecho presuntamente cometido por el Consejo Superior (A quien se le deberá probar la mala fe), que jamás se me podría endilgar a mí como concursante que se ha sometido a las reglas del concurso que se fijaron por este organismo.

En mi criterio, el Consejo Superior de la Carrera Notarial si podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a controvertir sus propios actos si lo considera pertinente, aunque en el presente caso no tendría presentación jurídica pues en el evento, reitero, en que se anule parcialmente por parte del Juzgado 4 de Ibagué o Tribunal Administrativo del Tolima, el acto administrativo de carácter general sub-judice, la responsabilidad del error de derecho recaería sobre el Consejo Superior, y él no podría alegar su propia culpa o su mala fe que se llegara a demostrar en la acción popular por moralidad pública, para presentar una acción de lesividad en mi contra, pretendiendo alterar las reglas del concurso que fueron conocidas por todos los que participamos, por medio del Acuerdo 01 de 2006 publicado y tantas veces citado en esta acción de tutela.

En el supuesto fáctico de que se declarara improcedente esta acción argumentando que se puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se estaría negando en abstracto el valor vinculante de la jurisprudencia para casos nuevos análogos. Se estaría colocando en posición de renuencia o desobediencia ante las subreglas. El desconocimiento o ignorancia de la subreglas de la doctrina constitucional es un argumento ilegítimo en el derecho colombiano.

Según muchos doctrinantes en Colombia existe una doctrina del precedente en la Jurisdicción constitucional. Innumerables fallos de la Corte desde 1995 lo confirman: por ejemplo, las sentencias T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU -047/99 y, finalmente, C-836 de 2001. Sentencias como la T-123/95, T-175 de 1998 y C-836/01 plantean la cuestión (contestándola afirmativamente) de si esta doctrina del precedente también se aplica a la jurisdicción común, respecto de las sentencias de las otras altas cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, dentro de los temas de sus competencias constitucionales).

En la sentencia T-123/95, se consagra:

“La Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin

que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).

Advierte el Dr. Diego López en su obra "El derecho de los jueces": En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los Jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (Arts. 230 y 228 C. P.). De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar. Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez normativamente vinculado por los dos principios -igualdad e independencia judicial -, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre lo justiciable ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.

Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (art. 230 C.P.) es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P. Dr. C. Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia- criterio auxiliar de la actividad judicial- de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (Art. 13 C.P.). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la constitución".

De manera similar se lee en la sentencia C-037/96:

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (D.2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la corte constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de la igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad (Sent. T-123/95)".

El principio de independencia judicial, sin embargo, los autoriza a apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes. Pero el apartarse está severamente condicionado a ofrecer una justificación suficiente y adecuada del motivo que los lleva a apartarse del precedente.

PROCEDENCIA Y LEGITIMIDAD

Fundamento mi accionar en lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, en su Preámbulo y en los artículos 13, 29, 25, 40, 83, 228 y 230 y en el artículo 3 de la ley 270 de 1996.

Esta Acción de TUTELA es procedente de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2, 5 y 9 del Decreto 2591 de 1991, ya que lo que se pretende es que se garanticen mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, toda vez que la petición consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo según el inciso 2 del art. 86 de la C.P., siendo únicamente aceptables como otros medios de defensa judicial, para los fines de exclusión, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho, como en este caso, pues un proceso contencioso administrativo puede durar 6 años o más y este concurso en menos de 3 meses ha culminado, cercenándome con ello no sólo el derecho a la igualdad, sino también el del debido proceso y el acceso a los cargos públicos.

La existencia de otro medio de defensa ha sido reiteradamente explicada por la H. Corte Constitucional, en el sentido de que no siempre que se presenten varios mecanismos de defensa la tutela resulta improcedente. Es necesario además una ponderación de eficacia de los mismos a partir de la cual se concluya que alguno de los

otros medios existentes, es tan eficaz para la protección del derecho fundamental como la acción de tutela misma y en tal sentido en la sentencia T-526 del 18 de Septiembre de 1.992, Sala Primera de Revisión, manifestó :

“...Es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del constituyente”.

Al abordar este tema la Corte Constitucional en la Sentencia SU-613 de 2.002, señaló que “la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución...”.

COMPETENCIA

Son Ustedes Señores Magistrados competentes, por la naturaleza del asunto y el lugar de ocurrencia de los hechos vulneratorios de los Derechos Fundamentales que motivan la presente acción (Artículo 37, Decreto 2591 de 1.991).

JURAMENTO

Para los efectos de que tratan los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1.991, manifiesto bajo la gravedad del juramento que con anterioridad a esta acción no he promovido acción similar por los mismos hechos.

PRUEBAS Y ANEXOS

- 1.- Copias de las Resoluciones 000636 de Junio 27 de 2.007 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que presenté oportunamente, y 2147 de Noviembre 29 de 2.007, ambas del Consejo Superior de la Carrera Notarial.
- 2.- Copia de la sentencia de tutela a mi favor, proferida en segunda instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 10 de Octubre de 2.007.
- 3.- Copia del Acuerdo 142 de Junio 9 de 2.008 del Consejo Superior de la Carrera Notarial.
- 4.- Copia del auto de Julio 2 de 2.008 del Juzgado 4 Administrativo de Ibagué.
- 5.- Copia del auto de Agosto 29 de 2.008 del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima.
- 6.- Copia del Acuerdo 163 de Septiembre 2 de 2.008 del Consejo Superior de la Carrera Notarial.
- 7.- Copia de la sentencia de tutela proferida en segunda instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de Octubre de 2.008, mediante la cual ordena que se “remita al nominador el acto administrativo contentivo de las listas de elegibles para los cargos de Notarios en Propiedad de la Región de Bogotá, con el fin de que se proceda al nombramiento en el estricto orden de elegibilidad del Acuerdo No. 142 de 2008”.

8.- Que se oficie al accionado Consejo Superior de la Carrera Notarial – Superintendencia de Notariado y Registro- para que certifique o informe los nombramientos que se hicieron de notarios de primera categoría para el círculo notarial de Bogotá, D.C., la fecha de los mismos, la forma o el carácter de la vinculación y si los nombrados ya están posesionados.

Igualmente, para que certifique o informe los nombramientos que se hicieron de notarios de primera categoría para los círculos notariales de Bucaramanga, Cúcuta, Arauca y de los municipios de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Arauca, la fecha de los mismos, la forma o el carácter de la vinculación y si los nombrados ya están posesionados y, EN ESPECIAL, si dentro de los nombrados se encuentran concursantes que hubieran acreditado la publicación de la obra jurídica mediante certificación expedida por la imprenta o editorial respectiva o mediante otro procedimiento alternativo y en todo caso no con la certificación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y así se les hubiera otorgado los 5 puntos por este factor.

9. Que se oficie al accionado Consejo Superior de la Carrera Notarial – Superintendencia de Notariado y Registro- para allegue copia del Copia del Acuerdo 01 de 2.006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

10.- Que se oficie a la Imprenta Nacional para que allegue copia del Diario Oficial No. 46.454 del 16 de Noviembre de 2006, en el que se publicó el Acuerdo 01 de 2006.

11.- Copia de la presente Acción de Tutela, para el traslado.

NOTIFICACIONES

El representante legal de la accionada, FABIO VALENCIA COSSIO , como Presidente del Consejo Superior o quien lo represente, puede ser notificado en las instalaciones del Ministerio del Interior y de Justicia o en la calle 26 No 13-49, interior 201, tercer piso, Bogotá, D.C., o en la Carrera 7 No 32-16, piso 33.

El suscrito recibirá notificaciones en la carrera 39 No 42-12, Apto 602, Edificio Sierra Real, Bucaramanga, o en la secretaria de su Despacho.

Respetuosamente,



ANDRÉS HÍBER ARÉVALO PACHECO

C. C. No 91.230.903 de Bucaramanga